

VU Research Portal

Het opsporingsbegrip anno 2009

Borgers, M.J.

published in

Politie in beeld (liber amicorum Jan Naeyé)
2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2009). Het opsporingsbegrip anno 2009. In M. J. Borgers, M. J. A. Duker, & L. Stevens (Eds.), *Politie in beeld (liber amicorum Jan Naeyé)* (pp. 27-64). Wolf legal publishers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Politie in beeld

Liber amicorum Jan Naeyé

Redactie: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens

ISBN: 978.90.5850.627.6

 Wolf Legal Publishers
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
www.wolfpublishers.nl

2009

© tekst: auteurs; opmaak : WLP

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord

M. G.W. den Boer & R. Fernhout

Politie onder de loep: toezicht op operationeel optreden
in Europees perspectief 3

M.J. Borgers

Het opsporingsbegrip anno 2009 27

H.K. ter Brake

Toestemming en dwangmiddelen, een verenigbaar stel? 65

M.J.A. Duker & L. Stevens

Het politiële verdachtenverhoor: meer aandacht gewenst voor
de totstandkoming van een betrouwbare verdachtenverklaring 77

J.W. Fokkens & N. Kirkels-Vrijman

De artikelen 2 politiewet 1993 en 141 en 142 strafvordering
als basis voor opsporingsbevoegdheden 105

C.J.C.F. Fijnaut

The proof of the pudding: Stockwell 125

L.W.J.C.. Huberts, M.E.D. Lamboo, J.H.J. van den Heuvel & K. Lasthuizen

Hoe staat het met de integriteit van de Nederlandse politie? 145

P.J. van Koppen

De macht van de politie over verdachten en getuigen 161

M. Kuijer

Geweldgebruik door de politie en de jurisprudentie van het
Europees Hof voor de Rechten van de Mens 177

E.R. Muller

Veiligheids- en politiebestel altijd in verandering 205

HET OPSPORINGSBEGRIIP ANNO 2009



I. Inleiding

De eerste keer dat ik Jan Naeyé in levende lijve heb mogen aanschouwen en aanhoren, vond plaats tijdens mijn studententijd in Maastricht. Jan was toen reeds hoogleraar aan de Vrije Universiteit. Tijdens een door een studievereniging georganiseerde debatavond hield Jan een inleiding over de beperkingen die uit het recht op privacy voortvloeien voor de mogelijkheden van strafvorderlijk optreden. Wat ik mij van die avond in het bijzonder herinner, is de reactie van een medestudente op die inleiding. Zij vond het duidelijk maar niets dat het recht op privacy beperkingen met zich bracht en stelde zich op het standpunt dat zij er niets op tegen had dat politie en justitie alles van haar zouden weten omdat zij toch geen verkeerde dingen deed. Toen-tertijd – ik spreek over midden jaren 90 – was dat een nog wat minder wijd-verbreed standpunt dan tegenwoordig. En zeker voor Maastrichtse begrippen, waar in het onderwijs altijd veel aandacht werd geschonken aan de rechten van een verdachte, was het een stevige stellingname. Jan reageerde hierop door – met de hem kenmerkende rust – uit te leggen dat niet moet worden onderschat welke ingrijpende gevolgen het heeft wanneer de overheid zich mengt in het persoonlijke leven van burgers. Overheidsmacht behoort daarom te zijn genormeerd in overeenstemming met de fundamentele rechten.

Het was uiteraard geen toeval dat midden jaren negentig een debatavond werd gewijd aan de betekenis van het recht op privacy voor de opsporing. Het was immers de tijd van de crisis in de opsporing en de parlementaire enquête onder leiding van Maarten van Traa. Een belangrijk thema was toen de rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie in de zogeheten proactieve fase, door Jan in zijn oratie aangeduid als het politieel vooron-

derzoek in strafzaken.¹ Bij de normering van deze proactieve fase speelt het recht op privacy bepaald geen onbelangrijke rol. Dat blijkt niet alleen uit het Zwolsman-arrest,² maar ook uit de wettelijke normering van verschillende bevoegdheden die inbreuk maken op de privacy, waarin met de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is voorzien.

Deze bijdrage knoopt aan bij één van de elementen van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, te weten de introductie van een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip. Er is altijd veel te doen geweest omtrent dat begrip. Voor de introductie van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden was van een vast omlijnd opsporingsbegrip geen sprake. Niettemin heeft het opsporingsbegrip een rol van betekenis gespeeld in discussies omtrent de afbakening tussen toezicht en opsporing, alsmede de mogelijkheden van proactief optreden. Een rode draad in die discussies betreft de vraag in hoeverre aan de hand op het opsporingsbegrip demarcatielijnen kunnen worden getrokken. De introductie van een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip in de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden houdt – uiteraard – verband met de normering van dat proactieve optreden. Enkele jaren later, met de inwerkingtreding van de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, is de wettelijke definitie van het opsporingsbegrip aangepast met het oog op de mogelijkheden om op te treden op grond van zogeheten aanwijzingen.

Het doel van deze bijdrage is tweeledig. Allereerst wordt een overzicht gegeven van de evolutie van het opsporingsbegrip. Daartoe wordt – de discussie over – de betekenis van het opsporingsbegrip beschreven in drie tijdvakken: *a.* voor de inwerkingtreding van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, *b.* na de inwerkingtreding van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, en *c.* na de inwerkingtreding van de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven. Voorts wordt, op basis van dit overzicht, nagegaan in hoeverre die evolutie heeft geleid tot een heldere en functionele afbakening van het opsporingsbegrip.³ Een dergelijke afbakening is immers van belang voor tal van kwesties. Naast het onderscheid tussen toezicht en opsporing alsmede

¹ J. Naeyé, Het politieel vooronderzoek in strafzaken, Arnhem: Gouda Quint 1995.

² HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 m.nt. Sch.

³ Zie over dit onderwerp ook de beschouwing van I. Peçi en E. Sikkema, De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), Constante waarden (liber amicorum Constantijn Kelk), Den Haag: BJu 2008, p. 353-362.

de normering van het proactieve optreden, moet ook worden gedacht aan zaken als de reikwijdte van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel en de regeling van de sanctiëring van vormverzuimen.

2. Een 'klassiek' opsporingsbegrip?

2.1 HET OPSPORINGSBEGRIIP IN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING VAN 1926

Het begrip 'opsporing' komt op velerlei plaatsen en in verschillende contexten naar voren in het Wetboek van Strafvordering. Een belangrijke functie van het opsporingsbegrip is er bijvoorbeeld in gelegen dat dit begrip het beginpunt van de 'strafvordering' in de zin van artikel 1 Sv markeert. Strafvordering vangt aan met opsporing.⁴ Een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip heeft echter lange tijd, tot de invoering van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, ontbroken.

Binnen de structuur van het Wetboek van Strafvordering valt het voorbereidende onderzoek – dat wil zeggen: het onderzoek dat aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat⁵ – *grosso modo* uiteen in het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek.⁶ Blok en Besier schrijven over de aldus gekozen structuur:

'In dit eerste stadium [het voorbereidend onderzoek; MJB] wordt door zoeken en tasten nog slechts gestreefd naar een voorlopig antwoord op de vragen, of een strafbaar feit heeft plaats gehad en, zoo ja, wie het heeft begaan en onder welke omstandigheden. Het strafbare feit wordt "opgespoord" en zoo nodig verder "nagespoord", wat als onderdeel van het opsporen in wijderen zin kan worden beschouwd.'⁷

Voorts merken zij op:

⁴ Zie, met nadere verwijzingen, J.M. Reijntjes, Boef of burger?, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 4. Vgl. uiteraard ook het, op het oude Wetboek van Strafvordering betrekking hebbende, Muilkorfarrest: HR 12 april 1897, W. 1897, 6964.

⁵ Artikel 132 Sv.

⁶ Vgl. Titel I-IV van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafvordering.

⁷ A.J. Blok en L.Ch. Besier, Het Nederlandsche strafproces, Eerste deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1925, p. 414.

'(...) er [kan] een oogenblik komen, waarop het onderzoek – en dat is dan de nasporing – gelegd wordt in handen van een andere autoriteit, den Rechter-Commissaris, belast met de behandeling van strafzaken, en dat het dan den naam gerechtelijk vooronderzoek aanneemt. In vele zaken echter, voornamelijk in die, welke van eenvoudigen aard zijn, is dit niet noodig en blijft dus het voorbereidend onderzoek beperkt tot dat, hetwelk door de opsporingsambtenaren geschiedt en dat ook meer in het bijzonder den naam *opsporingsonderzoek* draagt, ofschoon wat de R.C. doet nasporing en dus ook opsporing is.'⁸

Uit deze omschrijving kunnen twee betekenissen van het begrip 'opsporing' worden gededuceerd. Allereerst kan dat begrip in feitelijke zin worden opgevat, als een verwijzing naar onderzoeksactiviteiten ('zoeken en tasten') die erop gericht zijn op te helderen of een strafbaar feit is begaan, en zo ja: door wie en onder welke omstandigheden. Deze, wat Blok en Besier aanduiden als, opsporing in ruime zin vindt ook plaats in het gerechtelijk vooronderzoek, zij het dan men daarvoor dan ook de term 'nasporing' kan bezigen. Ten tweede kan het begrip 'opsporing' in een beperktere zin worden opgevat, waarbij het gaat om de afbakening van dat deel van het voorbereidend onderzoek dat plaatsvindt buiten een gerechtelijk vooronderzoek, dus al het onderzoek dat niet door (of onder leiding van) de rechter-commissaris wordt uitgevoerd.⁹

Het begrip 'opsporing' in het Wetboek van Strafvordering heeft aldus van oorsprong geen scherp afgebakende betekenis doordat het verwijst naar zowel een activiteit als naar een onderdeel van het voorbereidende onderzoek in strafzaken. Tegen deze achtergrond hoeft het geen verbazing te wekken dat pogingen om dit begrip verder in te vullen en te operationaliseren, tot de nodige discussie hebben geleid. Ik geef de discussiepunten hier-

⁸ Blok en Besier 1925, p. 415.

⁹ Deze benadering van Blok en Besier is ook in de latere literatuur herkenbaar. Zo geeft Corstens in de eerste druk van zijn handboek over het Nederlandse strafprocesrecht het begrip 'opsporing' primair een ruime en feitelijke invulling. Corstens duidt opsporing aan als 'alle – buiten het door rechters verrichte – onderzoek (...) dat geschiedt ter opheldering van het een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit en ter voorbereiding van een ter zake daarvan eventueel op te leggen strafrechtelijke sanctie.' Daarnaast heeft het opsporingsbegrip een functie ter onderscheiding van het (gerechtelijk voor)onderzoek dat wordt verricht onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris. Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 239 respectievelijk p. 225.

onder schematisch en sterk samengevat weer. Voor de goede orde: het gaat hierbij om de discussie zoals deze heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de introductie van een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip.

2.2 EERSTE DISCUSSIEPUNT: WIE MOGEN OPSPOREN?

Indien opsporing primair wordt opgevat als een activiteit die is gericht op het ophelderen van strafbare feiten, is het op zich niet noodzakelijk dat dit onderzoek wordt verricht door ambtenaren die met opsporing zijn belast. Die activiteit kan ook – binnen zekere grenzen – door burgers worden verricht. Deze gedachtegang treft men aan bij onder andere Corstens en Reijntjes. Zij stellen zich dan ook op het standpunt dat het zinloos is om – in het algemeen – van *opsporingsbevoegdheid* te spreken. Een dergelijke bevoegdheid veronderstelt een exclusiviteit die er niet is. Wel kan men personen aanwijzen die (in het bijzonder) met opsporing zijn *belast* en ook van (specifieke) bevoegdheden die in het kader van de opsporing aan personen worden toebedeeld.¹⁰ Hier tegenover laat zich de opvatting van Knigge plaatsen die – kort samengevat – betoogd dat van opsporing eerst kan worden gesproken indien van een zekere taakuitoefening sprake is. Dit betoog berust op het uitgangspunt dat het Wetboek van Strafvordering – indachtig het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv – beoogt vast te leggen welke personen in het kader van strafvordering mogen optreden en welke taken en bevoegdheden deze personen hebben. De wettelijke regeling van de opsporing strekt ertoe om de activiteiten van de overheid die worden ontplooid ter opheldering van strafbare feiten, te normeren. In dit stramien zijn het de in artikelen 141 en 142 Sv genoemde personen die worden belast met de opsporing. Daarmee is het overigens niet uitgesloten dat ook 'gewone' burgers onderzoek kunnen en mogen doen naar het begaan zijn van strafbare feiten en ook niet dat aan deze personen enkele bevoegdheden zijn toebedeeld die van belang zijn voor de opheldering van strafbare feiten (zoals de aanhouding bij ontdekking op heterdaad). Het etiket 'opsporing' mag dit echter niet dragen.¹¹

Het aldus weergegeven debat laat zien dat, bij gebreke van een scherp afgebakende betekenis van het opsporingsbegrip, het antwoord op de vraag

¹⁰ Reijntjes 1989, p. 6-7; Corstens 1993, p. 239-240.

¹¹ Zie G. Knigge, *Van opsporing en strafvordering*, DD 1990, p. 201-206; G. Knigge, *Opsporing, vervolging en berechting als fasen in de strafvordering*, in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 9.

wie er mogen opsporen afhankelijk is van het perspectief dat men kiest – opsporing als feitelijke activiteit, dan wel opsporing als wettelijke afbakening en normering van overheidsactiviteiten die strekken tot de opheldering van strafbare feiten. Interessant is dat in de beide geschetste benaderingen een ‘normeringsgat’ aanwijsbaar is met betrekking tot het onderzoek dat burgers ontplooiën in het kader van het ophelderen van strafbare feiten. Indien opsporing wordt gelijkgesteld met onderzoek van overheidswege, is het evident dat de wettelijke normering van de opsporing er niet toe strekt om tevens een normatief kader te zijn van dergelijke burgeractiviteiten. Maar ook de aanhangers van een ruimere invulling van het opsporingsbegrip nemen tot uitgangspunt dat het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel ertoe strekt overheidsactiviteiten te normeren. De wettelijke regeling van de opsporing beoogt dan ook het optreden van de opsporende overheid – en niet van de opsporende burger – aan banden te leggen. Dat betekent dat opsporing door burgers niet wordt geschaard onder strafvordering zoals bedoeld in artikel 1 Sv.¹² In zoverre is er weer geen verschil van inzicht tussen de diverse auteurs.

2.3 TWEEDE DISCUSSIEPUNT: DE AFBAKENING TUSSEN OPSPORING EN TOEZICHT

Een volgend thema waarin het begrip opsporing een belangrijke rol speelt, betreft de discussie over de afbakening tussen enerzijds toezicht – men spreekt ook wel van controle – en anderzijds opsporing. Een vaak gehanteerd vertrekpunt in deze discussie is dat toezicht betrekking heeft op de fase die voorafgaat aan de opsporing. Toezicht vindt plaats op een moment dat er nog geen reden is om aan te nemen dat een strafbaar feit heeft plaatsgevonden, terwijl dat bij opsporing juist wel het geval is. In zoverre is opsporing, anders dan toezicht, reactief te noemen. Het aanbrengen van een afbakening tussen toezicht en opsporing is daarbij vooral relevant met het oog op de normering van de bevoegdheden alsmede de rechtsbescherming van de betrokken burger of rechtspersoon. Indien sprake is van opsporing, gelden – indachtig het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv – de strafvorderlijke voorschriften en waarborgen, terwijl het toezicht verloopt op grond van de daarvoor relevante bestuursrechtelijke normen.

Binnen dit schema is het uiteraard van groot belang om helder af te bakenen waar het beginpunt van de opsporing ligt. In dat verband wordt vaak gesproken van het klassieke opsporingsbegrip. Daarmee wordt verwezen

¹² Zie bijvoorbeeld Reijntjes 1989, p. 10.

naar de opvatting dat van opsporing eerst sprake is indien er een redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Er moet dus sprake zijn van een verdenking, zij het dat er nog geen verdachte bekend hoeft te zijn. De consequentie hiervan is dat van opsporing – en ook van strafvordering – geen sprake is zolang er nog geen verdenking is dat iemand een strafbaar feit heeft begaan.¹³ Het toezicht omvat daarmee de fase waarin nog geen verdenking bestaat.

De reden dat van een klassiek opsporingsbegrip wordt gesproken, houdt waarschijnlijk verband met het praktische feit dat de opstellers van het Wetboek van Strafvordering voor ogen hebben gehad dat de strafvorderlijke autoriteiten eerst in actie komen wanneer op enigerlei wijze bekend is geworden – omdat aangifte wordt gedaan of bijvoorbeeld omdat de politie op een verdachte situatie stuit – dat, naar het zich laat aanzien, een strafbaar feit is begaan. Op dat moment worden er, met het oog op de toepassing van de strafwet, activiteiten ontplooid om dat vermoedelijk gepleegde strafbare feit op te helderen.¹⁴ Daar komt bij dat, in het hier besproken tijdvak, de concrete bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering vrijwel standaard zijn gekoppeld aan een verdenkingvereiste.¹⁵

In de literatuur wordt door verschillende schrijvers betoogd dat het klassieke opsporingsbegrip te eng is en dat ook een ruimere invulling van het begrip opsporing mogelijk is. Zo betoogt Corstens dat opsporing ook reeds kan plaatsvinden alvorens er sprake is van een verdenking, bijvoorbeeld wanneer op basis van controlebevoegdheden wordt nagegaan of bepaalde wettelijke voorschriften al dan niet worden nageleefd. Hij spreekt in dit verband van opsporing in ruime zin.¹⁶ Ook andere auteurs verdedigen de stelling dat er geen dwingende reden is om aan te nemen dat alleen van opsporing kan worden gesproken indien er een verdenking bestaat.¹⁷ Dat betekent

¹³ In deze zin bijvoorbeeld Reijntjes 1989, p. 5. Nadien heeft Reijntjes deze opvatting sterk genuanceerd, zie J.M. Reijntjes, *Het begrip opsporing*, DD 1997, p. 216. Vgl. voorts omtrent het klassieke opsporingsbegrip G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 2, Knigge 1990, p. 195, 209 en Knigge 2001, p. 5, 18-19.

¹⁴ Vgl. Reijntjes 1997, p. 216-217 en Knigge 2001, p. 18.

¹⁵ De uitzondering op deze regel wordt gevormd door artikel 552 Sv.

¹⁶ Corstens 1993, p. 245-246. Vgl. ook C.P.M. Cleiren, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j., aant. 10 op artikel 1.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Aler 1982, p. 133-146, P.J.J. van Buuren, *Toezicht en opsporing*, in: J.P. Balkema en C.J.C.F. Fijnaut (red.), *De politieke handhaving van strafwetgeving*, Lochem: Van den Brink 1986, p. 71, 74, P.J. Wattel, *Fiscaal straf- en straf-*

dat overheidsactiviteiten die niet zozeer op het ophelderen, maar het daaraan voorafgaande ontdekken van mogelijke strafbare feiten betrekking hebben – gesproken wordt wel van repressieve controle¹⁸ –, als opsporing hebben te gelden.

De discussie over de vraag of repressieve controle al dan niet als opsporing heeft te gelden, staat veelal mede in het licht van de vraag in hoeverre toepassing van controlebevoegdheden nog is toegestaan indien er een verdenking is gerezen alsmede van de vraag of voor de toepassing van controlebevoegdheden in bepaalde omstandigheden een verdenking vereist zou moeten zijn. Het betreft hier een complexe discussie die zich niet in enkele volzinnen laat samenvatten. Geconstateerd kan in ieder geval worden dat aan de hand van het opsporingsbegrip, of hieraan nu een beperkte of een ruime betekenis wordt toegekend, niet eenvoudig antwoord kan worden gegeven op de genoemde vragen. Weliswaar suggereert het hanteren van een klassiek opsporingsbegrip dat een veel scherper onderscheid tussen de toezichtfase en de opsporingsfase wordt gemaakt dan bij het bezigen van een ruim opsporingsbegrip mogelijk is, daaruit vloeit niet dwingend voort dat het toepassen van controlebevoegdheden op het moment dat reeds een verdenking bestaat, zonder meer ontoelaatbaar zou zijn. Illustratief is hier de opvatting die in de wetsgeschiedenis van de derde tranche van de Algemeen wet bestuursrecht naar voren komt: enerzijds wordt in overwegende mate uitgegaan van een beperkt opsporingsbegrip, anderzijds wordt de toepassing van controlebevoegdheden mede – niet: uitsluitend – ten behoeve van de opsporing toelaatbaar geacht (mits daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de waarborgen die de verdachte toekomen).¹⁹

Relevant in dit verband is dat het opsporingsbegrip niet alleen kan worden bezien vanuit het perspectief van het Wetboek van Strafvordering. Waar in het Wetboek van Strafvordering alleen een regeling van de opsporing is opgenomen, wordt in de bijzondere wetgeving veelal juist voorzien in toezichts- én opsporingsbevoegdheden. Een scherpe onderscheid tussen toezicht en opsporing wordt daarbij niet altijd gemaakt, terwijl de opspo-

procesrecht, Deventer: FED 1990, p. 321-323, P.A.M. Mevis, Van opsporing, strafvordering en legaliteit, DD 1990, p. 937-938 en Y. Buruma, De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 193, 199-200.

¹⁸ Aler 1982, p. 4. Zie ook Knigge 2001, p. 20. Tegenover het repressieve toezicht staat het administratieve toezicht, dat er primair op is gericht het door de betreffende wet beoogde doel te bevorderen, aldus Aler 1982, p. 6.

¹⁹ Zie hierover, met vermelding van relevante vindplaatsen, O.J.D.M.L. Jansen, Het handhavingsonderzoek, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 46-48.

ringsbevoegdheden ook niet telkens strikt aan een verdenkingseis worden verbonden. Illustratief in dit verband is artikel 23 WED, waarin aan opsporingsambtenaren enkele bevoegdheden worden toegekend ter zake van het onderzoeken van vervoermiddelen. Deze bevoegdheden mogen worden uitgeoefend 'in het belang van de opsporing', terwijl de wet geen verdenkingsvereiste stelt. De Hoge Raad heeft op wetshistorische gronden beslist dat voor opsporing in de zin van deze bepaling ook geen verdenking is vereist. Voor de toepassing van artikel 23 WED volstaat dat er aanwijzingen bestaan dat een economisch voorschrift niet is nageleefd.²⁰ Daarmee wordt, in relatie tot de WED, voor een invulling van het opsporingsbegrip gekozen die ruimer uitvalt dan het klassieke opsporingsbegrip en die ook de repressieve controle omvat. Voorts kan worden gewezen op de rechtspraak van de Hoge Raad waarin ook voor andere bijzondere wetten is uitgemaakt dat controlebevoegdheden mogen worden toegepast, ook indien reeds een verdenking is gerezen. Wel geldt daarbij als randvoorwaarde dat de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen – in het bijzonder het zwijgrecht – worden gerespecteerd.²¹

2.4 DERDE DISCUSSIEPUNT: PROACTIEF OPTREDEN VAN DE POLITIE

Nauw verwant aan de discussie omtrent het onderscheid tussen toezicht en opsporing betreft het debat over het proactieve optreden van de politie, dat wil zeggen het optreden in de fase dat nog geen redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is begaan. Bij het proactief optreden – ook wel bestempeld als 'vroegsporing'²² – gaat het om onderzoek naar feiten die nog niet zijn begaan. In hoeverre is er dan sprake van opsporing? En welke consequenties zijn verbonden aan het al dan niet kwalificeren van het proactieve optreden als opsporing?

Ook in deze discussie speelt het klassieke opsporingsbegrip weer een rol. Indien opsporing in beperkte zin wordt opgevat als het onderzoek dat wordt verricht nadat een verdenking is gerezen, vloeit daaruit voort dat proactief optreden buiten het opsporingsbegrip valt. De consequentie daarvan is dat ten tijde van het proactieve optreden (nog) geen sprake is van strafvordering, zodat het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel geen toepassing vindt. Daarmee is overigens niet gezegd dat proactief optreden ongebrei-

²⁰ HR 9 maart 1993, NJ 1993, 633 m.nt. ThWvV. Vgl. ook, in relatie tot de Jachtwet, HR 30 oktober 1984, NJ 1985, 275.

²¹ Zie bijvoorbeeld HR 26 april 1988, NJ 1989, 390 m.nt. ThWvV.

²² G.J.M. Corstens, Vroegsporing, DD 1990, p. 1-4.

deld kan plaatsvinden, omdat een wettelijke grondslag niet zou zijn vereist. De noodzaak van een dergelijke grondslag kan ook in andere redenen worden gevonden, in het bijzonder in het feit dat proactief optreden onder omstandigheden inbreuk maakt op grondrechten. In dit stramen kan bijvoorbeeld het Zwolsmanarrest worden geplaatst. De Hoge Raad spreekt hierin van 'de fase voorafgaand aan die van de opsporing in de zin van het Wetboek van Strafvordering'. Daarmee refereert de Hoge Raad aan de in deze zaak door het gerechtshof aangeduide 'pro-actieve fase', waaronder wordt verstaan 'de fase waarin niet of onvoldoende vaststaat dat een strafbaar feit is of wordt gepleegd en dus ook nog niet een verdachte als bedoeld in art. 27 Sv aanwijsbaar is'.²³ Deze overwegingen laten zich bezwaarlijk anders lezen dan dat de Hoge Raad uitgaat van het klassieke opsporingsbegrip.²⁴ Ter zake van de normering van het proactieve optreden overweegt de Hoge Raad – kort samengevat – dat dit optreden in overeenstemming moet zijn met de eisen die voortvloeien uit de grondrechten en de door het EVRM gegarandeerde fundamentele rechten. Waar het gaat om inbreuken op het recht op de persoonlijke levenssfeer, acht de Hoge Raad artikel 2 Politiewet als toereikende wettelijke grondslag mits het om niet meer dan een beperkte inbreuk gaat.²⁵

In de literatuur wordt een ruimere invulling van het opsporingsbegrip voorgestaan. Een eerste reden daarvoor is dat het maken van een onderscheid tussen het doen van onderzoek naar reeds begane en nog te begane feiten in zekere zin kunstmatig is.²⁶ Ook al richt het proactieve onderzoek zich op nog te begane strafbare feiten, de aanleiding voor dat onderzoek is veelal dat een zekere verdenking bestaat dat strafbare feiten reeds hebben plaatsgevonden. Voor de opheldering van die laatste feiten is het evenwel nodig om het onderzoek (mede) te richten op nog te begane feiten. Daar komt bij dat door de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in al-

²³ HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 m.nt. Sch.

²⁴ Dat de Hoge Raad daarvan uitgaat, lijkt ook te kunnen worden afgeleid uit de zogeheten schaduwarresten, HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 en HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511. Zie onder andere K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 151. Over de interpretatie van deze arresten bestaat overigens de nodige discussie. Zie daarover, met nadere verwijzingen, C.P.M. Cleiren, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j., aant. 10 op artikel 1.

²⁵ Indien er sprake is van een verdenking, aanvaardt de Hoge Raad artikel 141 en 142 Sv als toereikende wettelijke grondslag. Zie onder andere HR 10 april 2001, NJ 2001, 424.

²⁶ Vgl. Reijntjes 1997, p. 221 en Knigge 2001, p. 19-20.

lerlei vormen en maten er al snel reden zal zijn om, ook al is het vizier gericht op nog te begane strafbare feiten, tevens een – klassieke – verdenking ter zake van een reeds begane voorbereidingshandeling aan te nemen. Een andere reden om het proactieve optreden onder het opsporingsbegrip te trekken is dat het doel van dit onderzoek niet wezenlijk verschilt met het klassieke opsporingsonderzoek. In beide gevallen gaat het om een strafrechtelijke afdoening van de feiten die worden onderzocht. Uitgaande van een ruimer opsporingsbegrip geldt dat het proactieve optreden, vanwege de gerichtheid op het ophelderen van reeds begane of nog te begane strafbare feiten, als opsporing en daarmee ook als strafvordering in de zin van artikel 1 Sv heeft te gelden. Dat impliceert dat de normering van het proactieve optreden in het Wetboek van Strafvordering zou moeten worden gevonden.

Van belang is dat het verschil in benadering met betrekking tot de invulling van het opsporingsbegrip er niet toe leidt dat wezenlijk andere eisen worden gesteld aan de wettelijke grondslag van het proactieve optreden. Voor zover artikel 1 Sv van toepassing wordt geacht, geldt daarbij veelal als uitgangspunt dat dit voorschrift alleen met zich brengt dat alleen handelingen die inbreuk maken – of in elk geval meer dan een beperkte²⁷ inbreuk maken – op een grondrecht moeten steunen op een specifieke wettelijke grondslag.²⁸ Sommige auteurs geven een ruimere invulling aan artikel 1 Sv, in die zin dat voor elke opsporingshandeling een wettelijke grondslag is vereist, maar beschouwen daarbij artikel 141 en 142 Sv als een toereikende wettelijke grondslag voor al die handelingen die inherent zijn aan het opsporingswerk en waarbij geen of slechts beperkt inbreuk wordt gemaakt op grondrechten.²⁹ Op de keper beschouwd is er dan niet veel verschil met de benadering van het proactieve optreden in het Zwolsmanarrest, waarin dat optreden niet als opsporing (in de zin van het Wetboek van Strafvordering) wordt aangemerkt en daarmee niet onder het begrip strafvordering in de zin van artikel 1 Sv valt. In dit arrest wordt artikel 2 Politiewet als algemene grondslag voor het proactieve optreden aanvaard, voor zover bij dat optreden niet meer dan een beperkte inbreuk op het recht op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt. Dat er in zekere mate en binnen zekere grenzen

²⁷ Doorgaans wordt alleen in relatie tot het recht op privacy een beperkte inbreuk toelaatbaar geacht.

²⁸ Zie onder andere Mevis 1990, p. 940 en Corstens 1993, p. 249. In zoverre bevestigt artikel 1 Sv 'slechts' het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag, dat reeds uit de Grondwet en – tot op zekere hoogte – ook het EVRM voortvloeit. Vgl. Corstens 1993, p. 334.

²⁹ Knigge 1990, p. 206. Zie ook p. Knigge 2001, p. 10, 14.

proactief kan worden opgetreden – of dat nu opsporing mag heten of niet – staat daarbij in feite niet ter discussie.

2.5 EEN KLASSIEK OF EEN DIFFUUS OPSPORINGSBEGRIJF?

Wat leert de vorenstaande *tour d'horizon*? Duidelijk mag zijn dat het eigenlijk niet mogelijk is om een eenduidige definitie te geven van het opsporingsbegrip in het tijdvak 1926-2000. Het hangt er maar van af welk referentiepunt men kiest – opsporing als feitelijke activiteit, de wijze waarop bevoegdheden zijn genormeerd in het Wetboek van Strafvordering of juist in de bijzondere wetgeving, het doel van het onderzoek, de gewenste reikwijdte van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel – welke invulling van het opsporingsbegrip het meest voor de hand ligt. In dit verband is opmerkelijk dat in de literatuur telkens weer over een klassiek opsporingsbegrip wordt gesproken. Ook al zijn er plausibele redenen waarom van een dergelijke opsporingsbegrip zou kunnen worden gesproken, het suggereert een trefzekerheid die allerm minst gerechtvaardigd is. Het is realistischer om van een diffuus opsporingsbegrip te spreken. Op de keper beschouwd heeft het klassieke opsporingsbegrip veeleer een functie als opstap of referentiepunt om te laten zien dat een andere invulling van het opsporingsbegrip mogelijk en ook wenselijk is.

Een volgende constatering kan zijn dat de discussie omtrent het opsporingsbegrip in essentie terminologisch van aard is. Weliswaar speelt die discussie zich af in relatie tot bepaald niet onbelangrijke kwesties zoals de verhouding tussen toezicht en opsporing alsmede de normering van het proactieve optreden, men kan echter niet stellen dat de verschillen in de wijze waarop het opsporingsbegrip wordt gehanteerd, ook duidelijke verschillen tot uitdrukking brengen over de wijze waarop de normering van die kwesties zou moeten geschieden. Daarvoor spelen andere argumenten een veel belangrijker rol.

Knigge heeft treffend opgemerkt dat in de discussie over het opsporingsbegrip (en de daarmee verband houdende thema's) 'bijna zoveel zinnen als hoofden zijn'.³⁰ Evenzeer raak is de constatering die hij samen met Kwakman doet, mede naar aanleiding van een rechtsvergelijkende analyse: 'De beantwoording van de vraag wat onder opsporing moet worden verstaan, blijkt een kwestie van kiezen te zijn en geen dwingende uitkomst van

³⁰ G. Knigge, Naschrift, DD 1990, p. 946.

de wetten van de logica.³¹ Tegen die achtergrond is het interessant te onderzoeken, in de hierna volgende paragrafen, of de opvolgende wettelijke definities van het opsporingsbegrip voor meer helderheid hebben kunnen zorgen.

3. De introductie van een wettelijke definitie

3.1 DE WET BIJZONDERE OPSPORINGSBEVOEGDHEDEN

Met de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is artikel 132a Sv geïntroduceerd.³²

'Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'

Het valt direct op dat in deze bepaling wordt gesproken van opsporingsonderzoek en niet *sec* van opsporing. In de parlementaire geschiedenis wordt evenwel de definitie van artikel 132a Sv consequent gepresenteerd als de definitie van het opsporingsbegrip.³³ In het hiernavolgende wordt daarbij aangesloten.³⁴

In de toelichting neemt de minister tot uitgangspunt dat onder het tot dan toe geldende recht geen eenduidige betekenis bestaat van het opspo-

³¹ G. Knigge en N.J.M. Kwakman, Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 240.

³² Wet van 25 mei 1999, Stb. 1999, 245, in werking getreden op 1 februari 2000.

³³ Zie hierover ook J. Naeyé, Verdenking en opsporing na Van Traa, DD 1997, p. 877.

³⁴ Anders: Jansen 1998, p. 49, die stelt dat opsporing juist een ruimere betekenis kan hebben omdat artikel 132a Sv niet meer doet dan het opsporingsonderzoek te definiëren.

ringsbegrip.³⁵ Wel kan een onderscheid worden gemaakt tussen opsporing in beperkte zin, die ziet op onderzoek op basis van een gerezen verdenking, en opsporing in ruime zin, die mede het onderzoek omvat dat, zonder dat nog sprake is van een verdenking, geschiedt op basis van artikel 2 Politiewet en op basis van bijzondere wetten. In relatie tot het Wetboek van Strafvordering geldt, zo leidt de minister af uit onder andere het Zwolsmanarrest, het beperkte opsporingsbegrip. De reden om tot een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip te komen, is er primair in gelegen dat met de introductie van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in titels IVA en V van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering, het verdenkingscriterium wordt verruimd. Toepassing van die bevoegdheden is ook mogelijk indien een redelijk vermoeden bestaat dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. In dat licht kan in relatie tot het Wetboek van Strafvordering niet worden volstaan met een beperkt opsporingsbegrip. Om die reden, en mede naar aanleiding van een voorstel van de parlementaire enquêtecommissie³⁶ en een motie van de Tweede Kamer, wordt voorzien in de hierboven weergegeven wettelijke definitie van het opsporingsbegrip.

De 'voornaamste functie' van het opnemen van een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip is erin gelegen dat 'nog eens expliciet' wordt vastgelegd met het oog op welk doel de verschillende onderzoeksactiviteiten plaatsvinden, waardoor misbruik van de verschillende opsporingsbevoegdheden kan worden voorkomen.³⁷ Hiermee refereert de minister aan het in artikel 132a Sv genoemde doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Kort gezegd gaat het daarbij om het nemen van al die beslissingen die relevant zijn met het oog op de naar aanleiding van een strafbaar feit op te leggen sancties, maatregelen of voorzieningen. Daaronder vallen niet alleen de vervolgings- en bewijsbeslissing, maar bijvoorbeeld ook de beslissing tot

³⁵ Zie Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 5-9, 13 en Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 17-18.

³⁶ Overigens heeft de parlementaire enquêtecommissie zelf een andere en ruimere definitie van het opsporingsbegrip voorgesteld. Omwille van de omvang van deze bijdrage ga ik daar niet op in. Zie nader bijvoorbeeld Y. Buruma en E.R. Muller, Na de enquête: inzake het voorontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden, NJB 1997, p. 527-528, Reijntjes 1997, p. 223-225 en Rozemond 1998, p. 170-173.

³⁷ Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 17.

aanhouding van de verdachte.³⁸ Indien strafvorderlijke bevoegdheden worden ingezet buiten het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen om, is derhalve van (rechtmatige) opsporing geen sprake. Uit de gebezigde woorden 'nog eens expliciet' lijkt te mogen worden afgeleid dat, naar de mening van de minister, van een dergelijke doelbinding ook reeds zonder wettelijke definitie van het opsporingsbegrip sprake zou zijn. Zo bezien heeft die definitie vooral een expliciterende functie. Voorts heeft het opsporingsbegrip blijkens de toelichting nog een systematische functie, in die zin dat – voortbouwend op de omschrijving van het voorbereidend onderzoek in artikel 132 Sv – nader wordt aangegeven welk onderdeel van de strafvordering de opsporing omvat.

Het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv bevat, in lijn met de systematiek van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, twee verdenkingscriteria: de klassieke verdenking – het redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan – en de verdenking ter zake van – kort gezegd – het in georganiseerd verband beramen of plegen van ernstige misdrijven. De minister merkt op dat met deze verruiming van het opsporingsbegrip wordt bevestigd dat het zogeheten pro-actieve optreden onder het gezag van het openbaar ministerie plaatsvindt en dat in dit verband ook de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv geldt. Tegelijkertijd benadrukt de minister dat niet al het strafrechtelijk relevante onderzoek onder het opsporingsbegrip kan worden begrepen. De minister stelt in dit verband: 'Is er geen verdenking van een strafbaar feit en tevens geen vermoeden van het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband, dan is geen sprake van opsporing, maar wel van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.' Als voorbeeld noemt de minister daarbij het kennisnemen en vergaren van informatie over voornemens van burgers om een strafbaar feit te plegen, zonder dat nog van een verdenking als bedoeld in artikel 132a Sv sprake is.

3.2 ONDUIDELIJKHEDEN IN DE WETSGESCHIEDENIS

De hiervoor geschetste toelichting van de minister maakt duidelijk dat het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv, zoals geïntroduceerd door de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, een relatief beperkte uitbreiding van het opsporingsbegrip heeft willen geven, althans wanneer men dat afzet tegen het klassieke of beperkte opsporingsbegrip. De functie van de wettelijke definitie is er eerst en vooral in gelegen om te expliciteren dat, indien er onderzoek wordt gedaan op basis van een klassieke verdenking of de verden-

³⁸ Zie Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 7.

king van het in georganiseerd verband plegen of beramen van ernstige strafbare feite, het gezag van het openbaar ministerie geldt, er moet worden voldaan aan het vereiste van doelbinding en de verbaliseringsplicht van kracht is.

Hoewel hiermee in grote lijnen helder is hoe men het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv moet begrijpen, laat de wetsgeschiedenis op tal van punten onduidelijkheden bestaan. Zo valt het op dat in de Memorie van Toelichting de suggestie wordt gewekt dat 'de fase die in het verleden wel werd aangeduid als pro-actief, thans onder het opsporingsbegrip valt'.³⁹ Dit is echter maar ten dele het geval. Proactief optreden, dus onderzoek dat geschiedt zonder dat sprake is van een klassieke verdenking, kan ook plaatsvinden zonder dat wordt voldaan aan het vereiste dat sprake is van een verdenking ter zake van het in georganiseerd verband beramen of plegen van ernstige misdrijven. Dat doet de vraag rijzen of het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv niet te beperkt is geformuleerd. Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag blijkt evenwel dat de minister er bewust voor kiest om niet al het proactieve optreden onder de definitie van opsporing te scharen. Zo wordt opgemerkt dat '(...) een algemene pro-actieve opsporingsbevoegdheid niet goed te rijmen valt met het uitgangspunt dat slechts de verdenking van een gepleegd strafbaar delict strafvordering legitimeert'.⁴⁰ Een inbreuk op dit uitgangspunt wordt in relatie tot de georganiseerde criminaliteit gerechtvaardigd geacht, niet alleen vanwege de dreiging die van die vorm van criminaliteit uitgaat, maar ook omdat ten aanzien van criminele activiteiten die in georganiseerd verband plaatsvinden, reeds begane strafbare feiten en nog te begane strafbare feiten door elkaar lopen en met elkaar verweven zijn. Voorts speelt een rol dat vanwege de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen reeds een klassieke verdenking kan ontstaan, ook al moeten de eigenlijke schadetoebrengende handelingen nog plaatsvinden. Buiten deze gevallen acht de minister opsporingsonderzoek niet wenselijk.⁴¹

Uit de hier geschetste opvatting van de minister blijkt dat er een nauw verband bestaat tussen de invulling van het opsporingsbegrip in artikel 132a Sv en de toepassingsvoorwaarden die het Wetboek van Strafvordering aan concreet omschreven onderzoeksbevoegdheden stelt. Die toepassingsvoorwaarden omvatten in vrijwel alle gevallen ofwel een klassieke verdenking ofwel de verdenking ter zake van het in georganiseerd verband beramen of plegen van ernstige misdrijven. De consequentie van de opvatting

³⁹ Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 6.

⁴⁰ Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 14-15.

⁴¹ Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 17.

van de minister is evenwel niet dat alle onderzoekshandelingen die niet onder de definitie van artikel 132a Sv kunnen worden begrepen, per definitie als ontoelaatbaar moet worden beschouwd. De consequentie is veeleer dat dergelijk optreden niet als *opsporingsonderzoek* mag worden aangemerkt. Daarmee is niet gezegd dat dergelijk optreden in het geheel niet meer mogelijk zou zijn. Dit kan langs verschillende lijnen nader worden geïllustreerd.

Uit de toelichting blijkt dat de minister het toelaatbaar acht dat de politie zich bezighoudt met het opbouwen en het in stand houden van een zekere informatiepositie door het verzamelen, bewerken, gebruiken en analyseren van gegevens, mits dat met 'niet-ingrijpende' middelen geschiedt. In het verlengde hiervan heeft de minister in de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden voorzien in de bevoegdheid voor het instellen van een verkennend onderzoek (artikel 126gg Sv). Dit onderzoek is mogelijk indien aanwijzingen bestaan dat binnen verzamelingen van personen ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd. Blijkens de tekst van de wet is het doel van het verkennend onderzoek de *voorbereiding* van de opsporing. Het is in zoverre consequent om het verkennend onderzoek – en hetzelfde kan overigens worden gezegd met betrekking tot het opbouwen en het in stand houden van een zekere informatiepositie – niet als opsporing aan te merken, nu er geen sprake hoeft te zijn van een verdenking als bedoeld in artikel 132a Sv. Door in deze gevallen niet van opsporing te spreken, lijkt de minister vooral duidelijk te willen maken dat voor het verkennend onderzoek geen opsporingsbevoegdheden – bevoegdheden waarvoor wel enigerlei vorm van verdenking is vereist – mogen worden ingezet.⁴² Op een ander onderdeel lijkt het verkennend onderzoek wel te voldoen aan de definitie van opsporing, namelijk waar het gaat om het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Het verkennend onderzoek strekt er immers toe dat wordt vastgesteld of er termen aanwezig zijn om nader onderzoek te doen, met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de wet. Op dit punt bestaat geen principieel onderscheid met de vormen van onderzoek die onder het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv vallen.

Voorts verdient aandacht hetgeen de minister over het onderscheid tussen enerzijds toezicht en controle en anderzijds opsporing opmerkt:

'De voorgestelde definitie verruimt de thans gehanteerde omschrijving van opsporing (...), maar de verhouding tot de controle enerzijds en de andere fasen in het strafproces anderzijds (...) verandert niet. Voor opsporing blijft in tegenstelling tot de controle een verdengkingscriteri-

⁴² Vgl. Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 49.

um gelden; voorts is de gerichtheid op strafrechtelijke afdoening onderscheidend.⁴³

Deze opmerking van de minister laat zich in beginsel goed begrijpen, gegeven de centrale positie die het verdenkingscriterium – zij het in verruimde vorm – inneemt binnen de definitie van artikel 132a Sv. Tegelijkertijd is het in de praktijk niet uitgesloten – denk aan de zogeheten repressieve controle – dat uitoefening van controlebevoegdheden geschiedt terwijl er reeds een verdenking is ontstaan. Voorts is de opmerking dat ‘de gerichtheid op strafrechtelijke afdoening onderscheidend’ is, misleidend. Juist ingeval van repressieve controle zullen de resultaten van de toepassing van controlebevoegdheden (kunnen) worden gebezigd voor het nemen van strafrechtelijke beslissingen, en zullen die bevoegdheden ook (mede) met het oog daarop worden uitgeoefend. Dat is voor de minister kennelijk geen reden om de repressieve controle onder het opsporingsbegrip te scharen.

Tot slot kan worden gewezen op hetgeen in de Memorie van Toelichting aan de orde komt omtrent de relatie tussen de opsporingsbevoegdheden in de bijzondere wetgeving – waarvoor het vereiste van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan, niet altijd geldt – en het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv. De minister merkt zonder veel omhaal van woorden op dat het gezag van de officier van justitie over de opsporing op grond van artikel 148 Sv betrekking heeft op ‘opsporing in ruime zin’, waaronder ook de handelingen worden begrepen waartoe (bijzondere) opsporingsambtenaren op grond van de bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn. Gegeven het feit dat voor die bevoegdheden niet altijd een verdenkingsvereiste geldt, mag uit deze opmerking worden afgeleid dat de minister het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv niet van toepassing acht op de bijzondere wetgeving.⁴⁴

Het vorenstaande bevestigt dat de invulling van het opsporingsbegrip in artikel 132a Sv vooral aangrijpt bij de toepassingsvoorwaarden die het Wetboek van Strafvordering – en niet de bijzondere wetgeving – aan het leeuwendeel van de concreet omschreven onderzoeksbevoegdheden stelt. Het resultaat daarvan kan niet zonder meer geslaagd worden genoemd, gelet op de kanttekeningen die – mede gelet op het in artikel 132a Sv genoemde doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen – kunnen worden geplaatst

⁴³ Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 6.

⁴⁴ Tegelijkertijd acht de minister het kennelijk niet problematisch om de term ‘opsporing’ in artikel 148 Sv een ruimere betekenis toe te kennen dan de definitie van artikel 132a Sv toelaat, door daar ook de ‘opsporing in ruime zin’ te begrijpen.

bij de afbakening tussen enerzijds het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv en anderzijds het proactieve optreden, de repressieve controle en de opsporingsbevoegdheden in de bijzondere wetgeving. Het gevolg daarvan is dat de opsporing zoals omschreven in artikel 132a Sv, zowel feitelijk als juridisch-normatief niet het begin van de strafvordering markeert. Erkend wordt immers dat strafvorderlijk optreden tot op zekere hoogte mogelijk is in de fase waarin nog geen sprake is van opsporing in de zin van artikel 132a Sv.

3.3 KANTTEKENINGEN

In de literatuur zijn de nodige kritische opmerkingen gemaakt over het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv. Zo heeft Jan Naeyé de vraag opgeworpen of het doel van de opsporing niet beter zou kunnen worden geformuleerd als de strafrechtelijke afdoening in plaats van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Ik kom daar nog op terug (in paragraaf 5.2). Voorts heeft hij betoogd dat de zinsnede ‘onder leiding van de officier van justitie’ beter zou kunnen worden geschrapt. Er is immers niet sprake van opsporing omdat de officier van justitie de leiding heeft, veeleer het omgekeerde is het geval: omdat er sprake is van opsporing, heeft de officier van justitie daarover (op grond van artikel 148 Sv) het gezag.⁴⁵ In het kader van deze bijdrage is het niet nodig om alle gezichtspunten uit de literatuur de revue te laten passeren. Waar het thans om gaat, is de vraag of artikel 132a Sv zoals dat is geïntroduceerd door de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, als een heldere en functionele afbakening van het opsporingsbegrip kan worden beschouwd.

Vooropgesteld dient te worden dat artikel 132a Sv eerst en vooral moet worden gezien in het licht van de achtergrond van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden: het voorzien in een duidelijke wettelijke normering van in de praktijk ontwikkelde onderzoeksmethoden die op gespannen voet staan met de grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy. De kern van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden bestaat uit een wettelijke normering van die onderzoeksmethoden, waarbij tamelijk nauwkeurig wordt omschreven in welke omstandigheden de desbetreffende bevoegdheden mogen worden toegepast. Het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv brengt daarbij de belangrijkste voorwaarden tot uitdrukking: het bestaan van een klassieke verdenking dan wel een verdenking ter zake van het in georganiseerd verband beramen of plegen van ernstige misdrijven. Rozemond

⁴⁵ Naeyé 1997, p. 877-878.

sprekt in dit verband van de 'selectieve werking' van het opsporingsbegrip: indien van één van beide soorten verdenkingen geen sprake is, is toepassing van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden ook niet aan de orde. Van belang daarbij is ook dat in de wetsgeschiedenis tot uitgangspunt wordt genomen dat algemene taakstellende voorschriften zoals artikel 2 Politiewet en artikel 141 en 142 Sv geen legitimatie (meer) bieden voor onderzoek dat inbreuk maakt op grondrecht. In principe is daarvoor een specifieke wettelijke grondslag nodig.⁴⁶ Aldus maakt het opsporingsbegrip onderdeel uit van een normatief kader dat ertoe strekt de grenzen van de opsporing strak en helder af te bakenen.

Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat, niettegenstaande deze 'selectieve werking' van het opsporingsbegrip, het opsporingsbegrip niet de ondergrens markeert van het onderzoek dat met oog op een strafrechtelijke afdoening kan plaatsvinden. Gelet op de toelichting van de minister verzet artikel 132a Sv zich immers niet tegen de uitoefening van repressieve controle. Ook (andere) vormen van proactief optreden die niet onder de definitie van artikel 132a vallen, lijken niet zonder meer te zijn verboden. Duidelijk is 'slechts' dat hiervoor geen gebruik kan worden gemaakt van de (opsporings)bevoegdheden die aan de in artikel 132a Sv genoemde verdenkingscriteria zijn gekoppeld. Het sluit niet uit dat elders, bijvoorbeeld in artikel 2 Politiewet, de eventueel noodzakelijke specifieke wettelijke grondslag voor het optreden kan worden gevonden.⁴⁷

Voorts is het lastig om de precieze betekenis van het onderdeel 'met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen te nemen' te duiden. Op zich is duidelijk dat hiermee het vereiste van doelbinding wordt geëxpliciteerd. Tegelijkertijd lijkt er een duidelijke koppeling te bestaan met het ge-

⁴⁶ Zie hierover F.D. van Asbeck en M. Jongeneel-van Amerongen, Uitgangspunten van het Wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden, in: P.J.P. Tak (red.), Bespiegelingen omtrent de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 9-11. Er is overigens discussie mogelijk of hiermee ook is gezegd dat de genoemde taakstellende voorschriften niet meer als wettelijke grondslag kunnen fungeren voor handelingen die een beperkte inbreuk op de privacy maken. Rozemond en Knigge menen dat dat inderdaad niet meer mogelijk is. Zie Rozemond 1998, p. 175-176 en Knigge 2001, p. 13, alsmede zijn conclusie voor HR 20 januari 2009, NJ 2009, 225. Naar mijn mening laat de wetsgeschiedenis daarvoor echter wel ruimte. Zie mijn noot onder HR 20 januari 2009, NJ 2009, 225. Vgl. voorts W. Wedzinga, Bijzondere opsporingsbevoegdheden in wetsontwerp 25 403, DD 1999, p. 242.

⁴⁷ Vgl. ook Knigge en Kwakman 2001, p. 288-289, die in dit verband stellen dat de wetgever op twee gedachten heeft willen hinken.

zag van de officier van justitie en de verbaliseringsplicht: omdat er onderzoek wordt gedaan met het oog op het nemen van strafvorderlijke beslissingen, dient de officier van justitie het gezag te hebben en geldt de verbaliseringsplicht. Dat doet de vraag rijzen waarom het opsporingsbegrip dan niet alle vormen van onderzoek omvat waarbij als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen voorop staat.⁴⁸ Daardoor zou niet alleen buiten kijf komen te staan dat de officier van justitie over al dat onderzoek het gezag heeft en dat daarbij de verbaliseringsplicht geldt.⁴⁹ Ook wordt dan duidelijk dat dit onderzoek als 'strafvordering' in de zin van artikel 1 Sv heeft te gelden en dus aan het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel is gebonden.⁵⁰

⁴⁸ Ervan uitgaande dat men dit doel ruim mag opvatten. Knigge 2001, p. 22 werpt de vraag op of in het licht van het standpunt van de minister omtrent het verschil tussen toezicht en opsporing wellicht het in artikel 132a Sv genoemde doel in een meer beperkende zin moeten worden opgevat. Dat lijkt zich echter niet goed te verhouden met de opmerkingen die in de wetsgeschiedenis over dat doel worden gemaakt. Die opmerkingen strekken er veeleer toe dat er al snel sprake kan zijn van het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

⁴⁹ Het gezag van de officier van justitie zou in sommige gevallen kunnen worden aangenomen op grond van artikel 13 Politiewet, al kan men ten aanzien van dit laatstgenoemde voorschrift ook weer vragen opwerpen. De wetsgeschiedenis van artikel 13 Politiewet (vgl. Kamerstukken II 1991-1992, 22 562, nr. 3, p. 8) refereert niet expliciet aan repressieve controle. Jansen 1998, p. 48 gaat wel zonder voorbehoud uit van de toepasselijkheid van artikel 13 Politiewet.

⁵⁰ Ik wijs in dit verband nog op de stelling van Jansen 1999, p. 50, dat alle vormen van informatievergaring voorafgaand aan het opsporingsonderzoek moeten worden gekwalificeerd als handhavingstoezicht dat wordt genormeerd door de Algemene wet bestuursrecht. Artikel 1:6 Awb staat daar naar zijn mening niet aan in de weg omdat het begrip 'opsporing' in die bepaling uitsluitend het klassieke opsporingsbegrip zou omvatten. Op de juistheid van deze stelling – en overigens ook de wenselijkheid van het resultaat daarvan – is het één en ander af te dingen, vgl. Knigge en Kwakman 2001, p. 283.

4. Verruiming van de wettelijke definitie

4.1 DE WET TER VERRUIMING VAN DE MOGELIJKHEDEN TOT OPSPORING EN VERVOLGING VAN TERRORISTISCHE MISDRIJVEN

Op 1 februari 2007 is de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven in werking getreden.⁵¹ Met deze wet is onder andere de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden verruimd. Thans is het mogelijk dat die bevoegdheden worden toegepast op basis van *aanwijzingen* van een terroristisch misdrijf. Met het criterium 'aanwijzingen' heeft de wetgever het mogelijk willen maken dat de bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast ook indien een redelijk vermoeden van het begaan zijn van een strafbaar feit nog niet aan de orde is. Daarbij geldt dat die aanwijzingen niet alleen betrekking kunnen hebben op het reeds begaan hebben, maar ook het beramen van strafbare feiten. Hiermee worden de twee verdenkingscriteria zoals tot dan toe gehanteerd in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, losgelaten in relatie tot terroristische misdrijven en vervangen door het verderlichte criterium van de aanwijzingen.⁵² Dat brengt met zich dat het tot dan toe geldende opsporingsbegrip van artikel 132a Sv niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd, omdat daarin juist de beide verdenkingscriteria tot uitgangspunt worden genomen. Hierin is dan ook de belangrijkste reden gelegen voor de aanpassing van artikel 132a Sv.⁵³ Daarbij kiest de minister er niet voor om het criterium van de aanwijzingen toe te voegen aan de beide verdenkingscriteria, maar opteert hij voor een andere benadering:

⁵¹ Wet van 20 november 2006, Stb. 2006, 580.

⁵² Zie nader, ook voor relevante vindplaatsen in de parlementaire stukken, M.J. Borgers, *De vlucht naar voren*, Den Haag: BJu 2007, p. 45-51.

⁵³ Een andere reden die de minister noemt, betreft de introductie van de bevoegdheid tot preventief fouilleren in veiligheidsrisicogebieden. Zie Kamerstukken II 2004-2005, 30 164, nr. 3, p. 16. Die bevoegdheid, neergelegd in artikel 126zk Sv, is evenwel – ook in veiligheidsrisicogebieden – verbonden aan de eis van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. In dat opzicht is deze bevoegdheid niet anders dan alle andere bijzondere opsporingsbevoegdheden die in relatie tot terrorismebestrijding kunnen worden ingezet. Wel geldt dat de bevoegdheid tot fouilleren kan worden toegepast jegens een ieder, en niet is beperkt tot personen die op enigerlei wijze in verband kunnen worden gebracht met de aanwijzing van een terroristisch misdrijf.

'Het komt mij (...) aangewezen voor een andere benadering te kiezen bij het definiëren van het begrip 'opsporingsonderzoek'. De aanleiding tot dat onderzoek vormt daarin niet een bepalend element. Naar mijn mening schuilt het belang van de klassieke verdenkingseis en de verdenkingseis van titel V daarin, dat zij voorwaarden vormen voor toepassing van een reeks strafvorderlijke bevoegdheden. Zij zijn evenwel niet bepalend voor de vraag of er sprake is van opsporing.'⁵⁴

Tegen deze achtergrond wordt de volgende omschrijving van het opsporingsbegrip voorgesteld (en nadien ook aanvaard door het parlement):

'Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'

De minister maakt hiermee een duidelijke ommezwaai ten opzichte van de oorspronkelijke tekst van artikel 132a Sv. In de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is ervoor gekozen, zoals in de vorige paragraaf aan de orde is gekomen, om de belangrijkste voorwaarden voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden – het bestaan van een klassieke verdenking dan wel een verdenking ter zake van het in georganiseerd verband beramen of plegen van ernstige misdrijven – tot uitdrukking te brengen, met een zekere 'selectieve werking' van het opsporingsbegrip als gevolg. Thans kiest de minister voor een formulering waarin dergelijke voorwaarden juist onbenoemd blijven. In de toelichting benadrukt de minister dat niet wordt beoogd om een algehele verruiming van die toepassingsvoorwaarden te bewerkstelligen.⁵⁵ Wat die toepassingsvoorwaarden zijn, wordt per bevoegdheid geregeld.⁵⁶ In dat opzicht zou men kunnen stellen dat de nieuwe definitie van het opsporingsbegrip een 'neutraal' karakter heeft. Dat biedt overigens, zo merkt de minister nog op, de mogelijkheid om bevoegdheden die tot dan toe niet als typisch strafvorderlijk werden beschouwd – zoals de bevoegdheid tot pre-

⁵⁴ Kamerstukken II 2004-2005, 30 164, nr. 3, p. 16. Zie ook Kamerstukken II 2005-2006, 30 164, nr. 7, p. 25.

⁵⁵ Vgl. P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen*, NJB 2005, p. 399. Hij betoogt dat het gevaar van het nieuwe opsporingsbegrip erin schuilt dat 'het in de toekomst wordt gebruikt als oneigenlijk argument voor verdere uitbreiding van bevoegdheden.

⁵⁶ Kamerstukken II 2005-2006, 30 164, nr. 7, p. 24-25.

ventief fouilleren – voortaan in het Wetboek van Strafvordering op te nemen.⁵⁷

In de toelichting licht de minister het nieuwe opsporingsbegrip op een aantal onderdelen nader toe.⁵⁸ Naast het schrappen van de verdenkingscriteria wordt artikel 132a Sv ook nog in die zin aangepast dat niet langer wordt gesproken van 'onder leiding van de officier van justitie'. In plaats daarvan spreekt artikel 132a Sv thans van het 'gezag' van de officier van justitie. Daarmee wil de minister tot uitdrukking brengen dat de officier van justitie niet in alle gevallen daadwerkelijk leiding geeft, maar wel telkens de verantwoordelijkheid draagt voor en de zeggenschap heeft over het opsporingsonderzoek.

Voorts positioneert de minister het nieuwe opsporingsbegrip in relatie tot de bijzondere wetgeving en het toezicht. De nieuwe omschrijving van opsporing in artikel 132a Sv sluit aan op de wijze waarop in de bijzondere wetgeving het begrip opsporing wordt gehanteerd. Anders gezegd: opsporing in de zin van artikel 132a Sv omvat ook hetgeen de minister eerder aanduidde als 'opsporing in ruime zin'. Voor de relatie tussen toezicht en opsporing heeft het nieuwe opsporingsbegrip volgens de minister evenwel geen gevolgen. Hij merkt hierover op:

'De opsporingstaak blijft in de voorgestelde omschrijving zijn begrenzing vinden in het doel waarop het onderzoek is gericht; het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Dergelijke beslissingen kunnen slechts genomen worden ten aanzien van strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften. Voor zover met het oog op de naleving van deze voorschriften tevens zou zijn voorzien in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, bepaalt steeds het doel van het onderzoek of sprake is van opsporing of toezicht. De huidige praktijk van de handhaving van dergelijke voorschriften laat een beeld zien dat hiermee in overeenstemming is. De voorgestelde omschrijving van het begrip 'opsporing' geeft daarom – in relatie tot het toezicht, geregeld in de Algemene wet bestuursrecht – mede uitdrukking aan de bestaande praktijk, zonder verandering te brengen in de concrete toepassingsmogelijkheden van enerzijds het instrument van de opsporing en anderzijds het toezichtsinstrumentarium.'⁵⁹

⁵⁷ Kamerstukken II 2005-2006, 30 164, nr. 7, p. 25.

⁵⁸ Zie Kamerstukken II 2004-2005, 30 164, nr. 3, p. 16-18 en Kamerstukken II 2005-2006, 30 164, nr. 7, p. 25-26.

⁵⁹ Kamerstukken II 2004-2005, 30 164, nr. 3, p. 17.

De minister doet hier als bijna vanzelfsprekend voorkomen dat toezicht onder omstandigheden – namelijk wanneer de toepassing van controlebevoegdheden (mede) geschiedt met het oog op het nemen van strafvorderlijke beslissingen – als opsporing heeft te gelden. In het licht van de oorspronkelijke definitie van artikel 132a Sv zoals geïntroduceerd door de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is dit echter geenszins een vanzelfsprekendheid. Dat doet er niet aan af dat de minister nu onomwonden erkent dat de het doel van het onderzoek bepalend is of de toepassing van controlebevoegdheden als opsporing kan worden gekwalificeerd. Indien sprake is van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen, staat buiten twijfel – en hetzelfde geldt voor de opsporing op grond van de bijzondere wetgeving – dat de officier van justitie het gezag uitoefent over de opsporing alsmede dat de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv van kracht is.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt nog dat de verruiming van het opsporingsbegrip geen verandering brengt in het feit dat het verkennend onderzoek, waarvan het toepassingsbereik en de toepassingsmogelijkheden worden verruimd met het oog op de bestrijding van terrorisme, als voorbereiding van de opsporing heeft te gelden. De minister benadrukt dat het feit dat het verkennend onderzoek niet kan worden gekwalificeerd als opsporing, geen verstrekkende gevolgen heeft. Zo heeft op grond van de regeling van het verkennend onderzoek de officier van justitie de leiding over het verkennend onderzoek, terwijl ook – mede met het oog op rechterlijke toetsing van de resultaten van dat onderzoek nadien – een verbaliseringsplicht in die regeling is neergelegd.

4.2 VERGELIJKING MET STRAFVORDERING 2001

Nogal verhullend erkent de minister dat de nieuwe definitie van artikel 132a Sv is ontleend aan een voorstel dat hieromtrent is gedaan in het onderzoeksproject Strafvordering 2001.⁶⁰ Knigge en Kwakman hebben binnen dit onderzoeksproject een uitvoerig rapport geschreven waarin, voortbouwend op eerdere publicaties van Knigge, wordt gepleit voor een ruime definitie van het opsporingsbegrip waarin het doel van het onderzoek centraal staat. De toelichting van de minister steekt schril af bij de doorwrochte beschouwingen van Knigge en Kwakman. Het is daarom zinvol, zij het in een

⁶⁰ Er wordt slechts opgemerkt dat ook in dit onderzoeksproject is gepleit voor een ruim opsporingsbegrip. Zie Kamerstukken II 2005-2006, 30 164, nr. 7, p. 26.

notendop, te schetsen op welke overwegingen het voorstel van Knigge en Kwakman berust.⁶¹

Het uitgangspunt dat aan dit voorstel ten grondslag ligt, is dat het Wetboek van Strafvordering de aangewezen plaats is voor een algemene wettelijke regeling van de opsporing. Het gaat daarbij om opsporing van overheidswege en niet om zogeheten particuliere recherche. In deze algemene wettelijke regeling worden opsporingstaken exclusief toebedeeld aan bepaalde personen. Andere personen dan de als zodanig aangewezen opsporingsambtenaren zijn niet gerechtigd de opsporingstaak uit te oefenen. Dit systeem van exclusiviteit maakt het mogelijk om de nodige eisen – onder andere op het vlak van opleiding en integriteit – aan de desbetreffende ambtenaren te stellen. Al het opsporingswerk wordt verricht onder gezag van de officier van justitie. Voorts geldt de verplichting dat verslag wordt gelegd van al hetgeen ter opsporing wordt verricht. De wet bepaalt daarbij welke activiteiten in het kader van het opsporingswerk mogen worden verricht. Het aldus geschetste stelsel heeft betrekking op alle onderzoek dat wordt verricht met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Dat vergt een ruim geformuleerd opsporingsbegrip waarin het doel – de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde – bepalend is voor de vraag of van opsporing sprake is. Daarmee strekt de opsporing zich mede uit tot de repressieve controle, het werk van criminele inlichtingendiensten, het verkennend onderzoek en de 'proactieve' opsporing (in de zin van opsporing die zich – mede – richt op in de toekomst te begane strafbare feiten). Tegelijkertijd sluit het opsporingsbegrip ook een aantal activiteiten uit, in het bijzonder het vergaren van informatie door de overheid voor andere doeleinden dan de strafrechtelijke handhaving van de wet. Het zogeheten preventieve toezicht, waarbij het uitsluitend gaat om het verrichten van onderzoek met het oog op het verbinden van bestuursrechtelijke consequenties aan bepaalde gedragingen, valt zo buiten het opsporingsbegrip. Indien een bepaalde activiteit als opsporing heeft te gelden, dient daarbij te worden voldaan aan de voorschriften die het Wetboek van Strafvordering (of een bijzondere wet) daaraan stelt. Op dit punt kan worden volstaan met de opmerking dat in het voorstel van Knigge en Kwakman een stelsel wordt voorgestaan waarbinnen, afhankelijk van de aard van de activiteit, een algemene taakstellende bepaling dan wel een specifiek wettelijk voorschrift dient als de noodzakelijke wettelijke grondslag. De toepassingsvoorwaarden – waaronder het al dan niet stellen van het vereiste van een verdenking –

⁶¹ Zie Knigge & Kwakman 2001, p. 243-347, in het bijzonder p. 336-347.

worden daarbij per bevoegdheid geregeld en maken geen onderdeel uit van het opsporingsbegrip.

Wanneer men de tekst van het nieuwe artikel 132a Sv en de opmerkingen van de minister in de wetsgeschiedenis confronteert met het voorstel van Knigge en Kwakman en de daarop gegeven toelichting valt een aantal zaken op. Allereerst heeft de minister ervoor gekozen om het gezag van de officier van justitie als onderdeel van de definitie van artikel 132a Sv op te nemen. Dat is geen gelukkige constructie. Het gaat hier immers, zoals in de wetsgeschiedenis ook met zoveel woorden tot uitdrukking wordt gebracht, om het gezag van de officier van justitie *over* de opsporing. Men moet dus eerst vaststellen dat er sprake is van opsporing, alvorens van dat gezag sprake is. In dat opzicht is de vermelding van het gezag van de officier van justitie in artikel 132a Sv niet alleen overbodig, maar werkt het ook verwarrend.⁶²

Ten tweede springt in het oog dat Knigge en Kwakman het verkennend onderzoek tot de opsporing rekent, terwijl de minister vasthoudt aan de kwalificatie als voorbereiding van de opsporing. Die keuze van de minister is betwistbaar. Nu het opsporingsbegrip is ontstaan van de verdenkingscriteria, kan het feit dat het verkennend onderzoek plaatsvindt op grond van aanwijzingen op zich geen reden meer zijn om niet van opsporing te spreken. De kwalificatie voorbereiding van de opsporing kan daardoor alleen nog maar gerechtvaardigd zijn indien het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen (vooralsnog) ontbreekt. Naar mijn mening is het verkennend onderzoek wel degelijk gericht op het nemen van een strafvorderlijke beslissing, namelijk het al dan niet uitvoeren van verder onderzoek naar het begaan zijn van een strafbaar feit.⁶³ Daarmee staat buiten twijfel – zonder dat zulks op andere gronden hoeft te worden geconstrueerd, zoals de minister in de wetsgeschiedenis doet – dat de officier van justitie het gezag over het verkennend onderzoek voert, als ook dat de verbaliseringsplicht geldt. Bovendien kan er aldus ook geen discussie over ontstaan of artikel 359a Sv toepassing vindt op eventuele onregelmatigheden tijdens het verkennend onderzoek. Indien het verkennend onderzoek als opsporing wordt aangemerkt, valt het verkennend onderzoek onder het voorbereidend on-

⁶² Vgl. hierover ook P.A.M. Mevis, De evaluatie van de Wet-BOB en van de Wet herziening GVO, DD 2005, p. 457 alsmede Peçi en Sikkema 2008, p. 359. Overigens kan hetzelfde worden opgemerkt over het onderdeel 'onder leiding van de officier van justitie' in de oorspronkelijke tekst van artikel 132a Sv. Zie Naeyé 1997, p. 878.

⁶³ Vgl. in deze zin ook G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, Kluwer: Deventer 2008, p. 260.

derzoek en vindt dus artikel 359a Sv toepassing.⁶⁴ Dat is ook in lijn met de opmerking van de minister dat rechterlijke toetsing van de resultaten van het verkennend onderzoek kan plaatsvinden.

Ten derde wordt in het voorstel van Knigge en Kwakman de heldere keuze gemaakt dat particuliere recherche buiten de regeling van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering valt. Dat betekent dat het opsporingsbegrip alleen betrekking heeft op opsporing door de overheid. Zulke klare wijn schenkt de minister niet. De tekst van artikel 132a Sv suggereert overigens wel dat het niet gaat om onderzoek door burgers, nu er wordt gesteld dat de officier van justitie het gezag heeft over de opsporing. Gelet op artikel 148 Sv heeft de officier van justitie daarbij geen gezag over handelingen die door anderen dan opsporingsambtenaren worden verricht. Tegelijkertijd is hierboven vastgesteld dat de vermelding van het gezag van de officier van justitie eigenlijk niet thuis hoort in de definitie van het opsporingsbegrip. Wanneer men deze vermelding zou schrappen in artikel 132a Sv, zou daarmee weer onduidelijkheid kunnen ontstaan over de positie van de particuliere recherche. Het ware dan ook beter geweest wanneer de minister buiten twijfel had gesteld dat het bij opsporing uitsluitend gaat om het optreden van de overheid. Daar doet niet aan af dat onder omstandigheden burgers bijstand kunnen verlenen bij de opsporing,⁶⁵ omdat ook in die gevallen het Wetboek van Strafvordering eerst en vooral het handelen van de overheid beoogt te normeren.

De bovenstaande vergelijking tussen enerzijds de toelichting die de minister geeft op het nieuwe opsporingsbegrip van artikel 132a Sv en anderzijds het voorstel en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen van Knigge en Kwakman laat zien hoe schraal de toelichting van de minister in feite is. Waar Knigge en Kwakman het opsporingsbegrip een duidelijke plaats toekennen binnen een duidelijk uitgewerkte visie over de wijze waarop opsporingsactiviteiten in het Wetboek van Strafvordering dienen te worden genormeerd, ontbreekt een dergelijke benadering bij de minister. Dat klemmt temeer nu het onduidelijk is of de minister van dezelfde systematische uitgangspunten als Knigge en Kwakman uitgaat.

⁶⁴ Daar wijzen Peçi en Sikkema 2008, p. 361, terecht op.

⁶⁵ Zie Titels VA en VC van Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering.

4.3 TOEZICHT, OPSPORING EN HET DOEL VAN HET NEMEN VAN STRAFVORDERLIJKE BESLISSINGEN

De positie van het nieuwe opsporingsbegrip ten opzichte van het onderscheid tussen toezicht en opsporing verdient nadere aandacht. De vraag kan namelijk worden opgeworpen of die positie wel zo duidelijk is als het schijnt. In de wetsgeschiedenis wordt het, zoals hiervoor in paragraaf 4.1 is gebleken, als tamelijk vanzelfsprekend beschouwd dat het onderscheid tussen toezicht en opsporing kan en moet worden gemaakt aan de hand van het doel van de onderzoeksactiviteiten die worden verricht: zijn deze al dan niet gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Dat veronderstelt dat betrekkelijk eenvoudig kan worden bepaald of van een dergelijke gerichtheid sprake is. Maar is dat ook zo? Is er bijvoorbeeld al sprake van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen indien de informatie die met behulp van in het kader van het toezicht toegekende bevoegdheden wordt verkregen, enige strafrechtelijke relevantie heeft? Of is dat nog onvoldoende?

Peçi en Sikkema hebben recent aandacht gevraagd voor deze kwestie.⁶⁶ Zij geven het voorbeeld van de uitoefening van de toezichthoudende taak door functionarissen van de AFM. Deze functionarissen zijn uitsluitend met toezicht belast en beschikken niet over opsporingsbevoegdheden.⁶⁷ De activiteiten waarop de AFM toezicht houdt, kunnen, indien de regels worden overtreden, leiden tot verschillende administratieve maatregelen, waaronder het opleggen van (forse) bestuurlijke boetes. Sommige overtredingen hebben tevens als economisch delict te gelden. Dat betekent dat de resultaten die worden vergaard met behulp van de toezichtsbevoegdheden, zeer relevant kunnen zijn voor een eventuele strafrechtelijke vervolging. Het onderzoek van de AFM kan er daarbij mede toe strekken om te kijken of de ernst van de overtreding dusdanig is dat er geen bestuurlijke maatregelen worden getroffen, maar aangifte wordt gedaan van een strafrechtelijke overtreding. In een dergelijk geval kan worden gezegd dat het onderzoek van de AFM eruit bestaat dat er onderzoek wordt gedaan naar een mogelijk strafbaar feit. Is er bij dit onderzoek – van overheidswege – sprake van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen? Peçi en Sikkema menen dat dit het geval is: het gaat hier om repressieve controle en die vorm van controle moet in beginsel onder het nieuwe opsporingsbegrip worden begrepen. Wel zien zij een ander beletsel om van opsporing in de zin van

⁶⁶ Peçi en Sikkema 2008, p. 360-361.

⁶⁷ Hetzelfde kan worden gezegd van andere toezichthouders, zoals De Nederlandse Bank.

artikel 132a Sv te spreken: 'Omdat de officier van justitie geen gezag heeft over dit onderzoek is geen sprake van opsporing in de zin van artikel 132a Sv.'⁶⁸

Het is de vraag of men juist om deze reden niet van opsporing kan spreken. Het argument van Peçi en Sikkema geldt alleen indien men het gezag van de officier van justitie als een constitutief element van de definitie van het opsporingsbegrip beschouwd. Hiervoor is evenwel aan de orde gesteld dat dit element eigenlijk niet thuis hoort in die definitie: dat gezag gaat niet aan de opsporing vooraf, maar is een direct gevolg daarvan. Betoogd zou kunnen worden dat men het gezag van de officier van justitie moet opvatten als een overbodig onderdeel van de definitie van artikel 132a Sv. Los daarvan houdt het standpunt van Peçi en Sikkema in dat er wel sprake is van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Zij beroepen zich in dit verband op het rapport dat Knigge en Kwakman hebben geschreven in het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*.⁶⁹ In dat rapport wordt inderdaad de repressieve controle ogenschijnlijk zonder beperking onder het opsporingsbegrip geschaard. Niettemin bevat dat rapport ook een duidelijk aanknopingspunt dat op dit onderdeel toch een zekere beperking bestaat. Relevant is de volgende passage uit hun rapport:

'Tot de taak van de toezichthoudende ambtenaar kan gerekend worden dat hij alert is op mogelijke strafbare feiten. Constateert hij een wetsovertreding die voor strafrechtelijke afdoening in aanmerking komt, dan gaat hij zijn toezichthoudende taak niet te buiten als hij een opsporingsambtenaar inschakelt. Anders wordt het als de taak van de ambtenaar (mede) bestaat uit het gericht en stelselmatig speuren naar overtredingen die strafrechtelijk moeten worden afgedaan. Dat is een taak die onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie dient te worden verricht. Toekenning van opsporingsbevoegdheid is daarvoor dus nodig.'⁷⁰

Het komt er dus op neer dat onderzoeksactiviteiten van ambtenaren die uitsluitend zijn aangesteld om toezicht uit te oefenen, niet als opsporing hebben te gelden indien de resultaten van deze activiteiten – op enigerlei

⁶⁸ Peçi en Sikkema 2008, p. 361. Vgl. ook Corstens 2008, p. 257, die eveneens het gezag van de officier van justitie als voorwaarde lijkt te aanvaarden om van opsporing te kunnen spreken.

⁶⁹ Peçi en Sikkema 2008, p. 360.

⁷⁰ Knigge en Kwakman 2001, p. 305.

moment – strafrechtelijk relevant blijken te zijn. Dat lijkt ook te gelden indien die ambtenaren bij de uitoefening van hun bevoegdheden doelgericht, maar zonder overschrijding van de eigen bevoegdheden, informatie verzamelen die nuttig is voor een strafrechtelijke afdoening. Doorslaggevend lijkt veeleer de taakopdracht te zijn: bestaat die – de regulier te verrichten – taak al dan niet mede uit het vergaren van informatie met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde?

De benadering van Knigge en Kwakman lijkt op het eerste gezicht op een innerlijke tegenstrijdigheid te berusten. Enerzijds wordt in het voorstel ernaar gestreefd om alle onderzoek dat wordt verricht met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, onder het opsporingsbegrip te trekken. Dat laat, minst genomen, ruimte om het onderzoek door toezichtsfunctionarissen zoals dat in het gegeven voorbeeld aan de orde is, als opsporing aan te merken. Anderzijds is er in het voorstel van Knigge en Kwakman sprake van een zekere exclusiviteit van het uitoefenen van de opsporingstaak: dit kan niet door een ieder, maar alleen door daartoe aangewezen en daarvoor gekwalificeerde personen geschieden. Om die reden wordt de opsporingstaak opgedragen aan de in artikel 141 en 142 Sv genoemde ambtenaren. Deze ambtenaren staan onder het gezag van de officier van justitie, terwijl de eisen die aan hen (kunnen) worden gesteld een waarborg vormen voor een juiste uitoefening van de opsporingstaak. Uit de beschouwingen van Knigge en Kwakman lijkt te moeten worden opgemaakt dat de verruiming van het opsporingsbegrip niet zozeer tot doel heeft om het werk van toezichthoudende functionarissen onder omstandigheden als opsporing aan te kunnen merken. Veeleer gaat het om het omgekeerde, namelijk dat het niet nodig is om opsporingsambtenaren nog eens afzonderlijk met een toezichthoudende taak te belasten met het oog op het uitoefenen van repressieve controle.⁷¹ Die repressieve controle valt immers onder het opsporingsbegrip (en dus ook de opsporingstaak). Bovendien is het trekken van een ondergrens hier ook van belang teneinde duidelijk te maken dat de uitoefening van opsporingsbevoegdheden niet aan de orde is indien er (uiteindelijk) alleen bestuursrechtelijke handhaving plaatsvindt.⁷² Een al te ruime invulling van het opsporingsbegrip zou op dit punt misverstanden kunnen wekken.

Het komt er dus op neer dat er op twee mogelijke manieren kan worden bepaald of er sprake is van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen: aan de hand van de (potentiële) relevantie van de resultaten van

⁷¹ Vgl. Knigge en Kwakman 2001, p. 305.

⁷² Vgl. Knigge en Kwakman 2001, p. 340.

de ontplooiide of te ontplooiën onderzoeksactiviteiten voor een strafrechtelijke aanpak van een bepaalde gedraging, dan wel aan de hand van de taakopdracht van de betrokken ambtenaren. Men zou dat kunnen duiden als een materiële benadering tegenover een formele benadering. Welke benadering ligt nu ten grondslag aan artikel 132a Sv? Dat is lastig te zeggen. De summierende toelichting die in de wetsgeschiedenis wordt gegeven op de betekenis van het nieuwe opsporingsbegrip voor het onderscheid tussen toezicht en opsporing, biedt eenvoudig onvoldoende bruikbare aanknopingspunten om een enigszins helder antwoord op die vraag te formuleren. Wel zou men kunnen betogen dat, wanneer men niet alleen naar het opsporingsbegrip kijkt maar in bredere zin naar het strafvorderlijke stelsel, men er weinig mee opschiet om – onverkort – de geschetste materiële benadering tot uitgangspunt te nemen. Want stel dat men aanneemt dat er in het gegeven voorbeeld moet worden gesproken van opsporing. Wat zou dat voor consequenties hebben? In het stramien van de wetsgeschiedenis zou men in elk geval verwachten: de officier van justitie heeft het gezag en de verbaliseringsplicht is van toepassing. Daaraan zou ook nog de toepasselijkheid van artikel 359a Sv kunnen worden toegevoegd. Echter, in de wet komt dit niet, althans niet zonder meer, tot uitdrukking. Op de voet van artikel 148 lid 2 Sv kan de officier van justitie alleen bevelen geven aan personen die met opsporing zijn belast, dat wil zeggen: opsporingsambtenaren in de zin van artikel 141 en 142 Sv. Dat zijn de in het voorbeeld genoemde toezichtsfunctionarissen evenwel niet. Om diezelfde reden is ook de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv niet van toepassing.⁷³ Toepasselijkheid van artikel 359a Sv is niet *expressis verbis* uitgesloten, maar een knelpunt lijkt te zijn dat het openbaar ministerie – gegeven het ontbreken van zeggenschap op de voet van artikel 148 lid 2 Sv – niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor eventuele onregelmatigheden bij het onderzoek zoals dat door de toezichtsfunctionarissen is verricht.⁷⁴

Gelet op dit strafvorderlijke stelsel valt er naar mijn mening het nodige voor te zeggen om bij de uitleg van het nieuwe opsporingsbegrip aansluiting

⁷³ Vgl. ook J.M. Reijntjes, in: Melai/Groenhuijsen, aant. 3 op artikel 152 (suppl. 148).

⁷⁴ Het enkele feit dat het openbaar ministerie onderdeel is van de staat brengt niet met zich dat artikel 359a Sv kan worden toegepast op onrechtmatige gedragingen waarvoor het openbaar ministerie geen verantwoordelijkheid draagt. Vgl. HR 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. Schalken. Naast de in de hoofdtekst genoemde punten zou men ook kunnen kijken naar de strafvorderlijke waarborgen. Maar ook daar stuit men op knelpunten. Zo richt de cautieverplichting zich tot opsporingsambtenaren (in de zin van artikel 141 en 142 Sv).

te zoeken bij de formele benadering zoals die door Knigge en Kwakman wordt gehanteerd. Men heeft op zich weinig aan het kwalificeren van bepaalde onderzoeksactiviteiten als opsporing, indien daar vervolgens niet effectief de rechtsgevolgen aan kunnen worden verbonden die worden beoogd met een dergelijke kwalificatie. Maar let wel, het gaat hier om de duiding van een keuze die impliciet aan het nieuwe opsporingsbegrip van artikel 132a Sv ten grondslag ligt. Daarmee is geenszins gezegd dat een andere en ruimere uitleg van het opsporingsbegrip niet verdedigbaar zou zijn. Een dergelijke keuze zou echter wel vereisen dat, wil het zinvol zijn om van opsporing te spreken, de nodige aanpassingen in het strafvorderlijke stelsel aan te brengen teneinde (onder andere) het gezag van de officier van justitie handen en voeten te geven en de gewenste reikwijdte van de verbaliseringsplicht te realiseren.

Overigens is een zekere relativering op zijn plaats. Het enkele feit dat onderzoek dat door toezichthouders wordt verricht en dat relevantie heeft voor een strafrechtelijk traject, niet als opsporing wordt aangemerkt, betekent uiteraard niet dat strafprocessuele belangen onmiddellijk in het gedrang zouden komen. Zo vindt in de praktijk veelal afstemming plaats tussen het openbaar ministerie en de diverse toezichthouders om de wijze waarop bepaalde overtredingen worden aangepakt en afgedaan,⁷⁵ mede gelet op de diverse *una via*-regelingen.⁷⁶ Voorts bevat de toezichtswetgeving de nodige voorschriften die de transparantie waarborgen van de wijze waarop onderzoeksresultaten zijn vergaard⁷⁷ en die gericht zijn om strafvorderlijke waarborgen niet te doorkruisen.⁷⁸ Juist deze compatibiliteit tussen de regeling van het toezicht en de strafvorderlijke voorschriften maakt dat een zekere beperking van het opsporingsbegrip aanvaardbaar is.⁷⁹

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties (Stcrt. 2009, nr. 665), dat is gesloten tussen onder andere het openbaar ministerie en de AFM.

⁷⁶ Vgl. artikel 5:44 Awb.

⁷⁷ Artikel 5:48 Awb.

⁷⁸ Artikel 5:10a Awb.

⁷⁹ Vgl. ook Knigge en Kwakman 2001, p. 340. In zoverre is ook niet zonder meer 'het wezenlijke probleem' dat vaak alleen achteraf is vast te stellen dat van repressief toezicht sprake is geweest (aldus Reijntjes 1997, p. 223). Het gevolg daarvan hoeft geen verkorting van rechten met zich te brengen. Wel dient het openbaar ministerie, gelet op het gezag dat de officier van justitie over de opsporing heeft en de verantwoordelijkheid die daaraan verbonden is, erop alert te zijn voldoende te zijn betrokken bij toezichtsactiviteiten die op enigerlei moment kunnen overgaan in opsporing.

5. Synthese: het opsporingsbegrip anno 2009

5.1 ARTIKEL 132A SV: EEN HELDERE EN FUNCTIONELE AFBAKENING VAN HET OPSPORINGSBEGRIIP?

De zoektocht naar de evolutie van het opsporingsbegrip en de vraag of er zich in de loop van de tijd een heldere en functionele afbakening van dat begrip heeft ontwikkeld, levert een lappendeken op van beschouwingen omtrent de verschillende interpretaties van het opsporingsbegrip, de wijzigingen en de verhelderingen die zijn aangebracht, vraagpunten die weer zijn gerezen en kritische opmerkingen die kunnen worden geplaatst. Op basis daarvan kunnen enkele concluderende opmerkingen worden geplaatst.

1. Een onomstreden uitgangspunt lijkt te zijn dat de opsporing het beginpunt van de strafvordering afbakt. Vanaf het moment dat van opsporing kan worden gesproken, geldt het strafvorderlijke stelsel van normen en waarborgen. Dat stelsel omvat het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel, een regeling van opsporingsbevoegdheden en bepalingen die voorzien in rechtsbescherming voor personen die voorwerp zijn van strafvorderlijk onderzoek. Eveneens onomstreden lijkt te zijn, niettegenstaande de discussie die heeft plaatsgevonden over de vraag in hoeverre het optreden van 'gewone' burgers als opsporing zou mogen worden aangemerkt, dat het strafvorderlijke stelsel betrekking heeft op de normering van overheidsoptreden.

2. Het is, na de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering in 1926, lange tijd betrekkelijk vanzelfsprekend geweest dat het beginpunt van de opsporing ligt op het moment dat een verdenking ontstaat dat een strafbaar feit is begaan. Dit berustte niet zozeer op een principiële keuze, maar veel meer op het feit dat in de praktijk het strafrechtelijke onderzoek veelal een aanvang nam door de ontdekking van een strafbaar feit of doordat aangifte van het begaan van een strafbaar feit werd gedaan. Verschillende ontwikkelingen – de opkomst van het bestuursrechtelijke toezicht en een meer toekomst gerichte wijze van rechercheren – hebben geleid tot discussie of het beginpunt van de opsporing niet op een eerder moment ligt of behoort te liggen. Geconstateerd kan worden dat de invulling die aan het opsporingsbegrip wordt gegeven, uiteindelijk niet bepalend is voor de wijze waarop de grenzen van het overheidsoptreden worden getrokken. Daarvoor zijn andere gezichtspunten van doorslaggevend belang. In zoverre is de discussie over het opsporingsbegrip tot 2000 vooral terminologisch van aard.

3. De introductie van een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip tengevolge van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden staat vooral in het teken van het streven naar een sluitende wettelijke regeling van de proactieve opsporing. Teneinde aan te geven waar de grenzen liggen van het opsporingsonderzoek worden de relevante verdenkingscriteria in de definitie van het opsporingsbegrip opgenomen. Dat is een keuze die zich goed laat begrijpen in het licht van de crisis in de opsporing die tot de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft geleid, maar tegelijkertijd is er hierdoor ook een heel aantal losse eindjes aanwijsbaar. Het valt met name op dat de opsporing in de zin van artikel 132a Sv feitelijk niet het begin van de strafvordering markeert, omdat er tot op zekere hoogte ruimte wordt gelaten voor vormen van strafvorderlijk optreden die buiten het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv vallen.

4. In 2007 vindt een verruiming van de wettelijke definitie van het opsporingsbegrip plaats. De aanleiding daarvoor is gelegen in de introductie van bijzondere opsporingsbevoegdheden die zich richten op terroristische misdrijven en die kunnen worden toegepast op basis van aanwijzingen. De verruiming van het opsporingsbegrip wordt echter in een breder kader geplaatst. In plaats van het toevoegen van het criterium van aanwijzingen aan de omschrijving van het opsporingsbegrip, kiest de minister voor een benadering waarin het opsporingsbegrip juist wordt ontdaan van de belangrijkste voorwaarden voor de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden. Het doel van het optreden komt centraal te staan. Of er sprake is van opsporing, wordt er primair van afhankelijk of er wordt opgetreden met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen. De formulering van dit nieuwe opsporingsbegrip leunt sterk op het voorstel dat door Knigge en Kwakman in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is gedaan. De minister laat evenwel in het midden of hij de overwegingen die Knigge en Kwakman aan hun voorstel ten grondslag hebben gelegd, ook deelt. De toelichting in de wetgeschiedenis op de verruiming van het opsporingsbegrip is summier en laat ruimte voor diverse vragen.

5. Niettegenstaande alle kanttekeningen en opmerkingen die kunnen worden geplaatst bij de toelichting in de wetgeschiedenis van zowel de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden als de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, kan worden geconstateerd dat het opsporingsbegrip zoals dat thans in artikel 132a Sv is neergelegd, een ruim en open begrip is dat een variëteit aan strafrechtelijk relevant onderzoek omvat. Juist door deze ruime en open invul-

ling is het huidige opsporingsbegrip geschikt om het beginpunt van de strafvordering te markeren. Het strafvorderlijke stelsel van normen en waarborgen ziet immers – en behoort ook te zien – op alle vormen van onderzoek die zich richten op de strafrechtelijke handhaving van de wet, waaronder begrepen het repressieve toezicht en de diverse vormen van proactief optreden. Daarnaast heeft een ruime en open invulling van het opsporingsbegrip het voordeel dat allerlei verwarrende onderscheidingen – zoals opsporing in beperkte en ruime zin – achterwege kunnen blijven. Dat in het opsporingsbegrip zelf niet tot uitdrukking komt wat de belangrijkste toepassingsvoorwaarden zijn voor de verschillende strafvorderlijke bevoegdheden, is geen gemis.⁸⁰ Het opnemen van dergelijke voorwaarden in het opsporingsbegrip heeft immers tot gevolg dat ofwel de definitie van opsporing onnodig complex wordt (door de vermelding van de verschillende toepassingsvoorwaarden) ofwel het opsporingsbegrip enger wordt geformuleerd dan wenselijk is.

6. Deze positieve waardering van het huidige opsporingsbegrip laat onverlet dat de definitie zoals deze in artikel 132a Sv is opgenomen, op onderdelen kan worden aangescherpt. Daarop ga ik zo dadelijk – in paragraaf 5.2 – nader in. Voorts kan worden opgemerkt dat ondanks de verruiming en vereenvoudiging van het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv in 2007 de duiding van de verhouding tussen toezicht en opsporing nog steeds niet eenvoudig is. Daaraan is mede debet dat de minister zo summier op deze verhouding is ingegaan in de wetsgeschiedenis. Onduidelijk blijft vooral of in de ogen van de minister een materiële dan wel een formele benadering van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen geboden is. Hiermee is overigens niet gezegd dat er een formulering van het opsporingsbegrip valt te vinden die elke discussie overbodig maakt. Veeleer geldt dat de definitie van het opsporingsbegrip onderdeel moet uitmaken van een coherente visie op de reikwijdte van de normering van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering. Het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is hierin aanmerkelijk beter geslaagd dan de minister.

5.2 HERFORMULERING VAN HET OPSPORINGSBEGRIP?

De beschouwingen over het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv, zoals geïntroduceerd in 2001 en verruimd in 2007, geven aanleiding tot twee voorstellen tot aanpassing van de wet. Allereerst gaat het daarbij om het schrappen

⁸⁰ Enigszins anders: Van Kempen 2005, p. 399 en Mevis 2005, p. 456-457.

pen van het onderdeel 'onder gezag van de officier van justitie'. Dit gezag is immers niet een voorwaarde om van opsporing te kunnen spreken, maar juist het gevolg van het feit dat van opsporing sprake is. Voorts verdient het aanbeveling om in artikel 126gg lid 1 Sv de woorden 'met als doel de voorbereiding van opsporing' te schrappen,⁸¹ teneinde het verkennend onderzoek onder het opsporingsbegrip te trekken.

Om twee redenen kan de vraag worden opgeworpen of ook het onderdeel 'met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen' aanpassing behoeft. De eerste reden houdt verband met de in paragraaf 4.3 besproken kwestie van de verhouding tussen toezicht en opsporing. Zou bijvoorbeeld in lijn met het voorstel van Knigge en Kwakman moeten worden geëxpliciteerd dat de taakopdracht hierbij een (doorslaggevende) rol speelt? Het euvel hier lijkt, zoals hiervoor ook reeds tot uitdrukking is gekomen, niet zozeer de formulering van artikel 132a Sv te zijn, maar veeleer het ontbreken van een inbedding van het opsporingsbegrip in een coherente visie op de reikwijdte van de normering van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering. Om die reden is aanpassing van de tekst van artikel 132a Sv niet strikt noodzakelijk. Het valt wel te betreuren dat de minister de verruiming van het opsporingsbegrip in 2007 niet heeft ingebed in een bredere beschouwing over de normering van de opsporing, in het bijzonder in relatie tot het toezicht.

De tweede reden betreft de reeds *en passant* genoemde kritiek van Jan Naeye op de formulering 'met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen'. Hij heeft ervoor gepleit deze formulering te vervangen door 'met als doel de strafrechtelijke afdoening' of 'met als doel te komen tot een strafrechtelijke sanctie', met name om zo duidelijk te maken dat de vervolgingsbeslissing centraal staat en dat andere doeleinden zoals 'stukmaken', 'kaalplukken', 'uitroken' of 'ontmantelen' worden uitgesloten.⁸² Tegen dit voorstel kan worden ingebracht dat het enkele feit dat het bewerkstelligen van 'stukmaken' *et cetera* onder het opsporingsbegrip wordt betrokken, nog niets zegt dat dergelijke acties ook zonder meer toelaatbaar zijn. Men zou even goed kunnen stellen dat het stukmaken van een zaak en daarmee vergelijkbare activiteiten juist wel onder het opsporingsbegrip dienen te vallen, om zo duidelijk te maken dat dergelijke activiteiten normering in het Wetboek van Strafvordering behoeven. Die normering kan er dan ook uit bestaan dat dergelijke activiteiten geheel of grotendeels worden verboden.

⁸¹ In combinatie met het schrappen van de woorden 'de voorbereiding van' in artikel 126hh lid 1 en 126ii lid 1 Sv.

⁸² Naeyé 1997, p. 877-878.

6 Tot slot

Groenhuijsen heeft eens gesteld dat het treurig is gesteld met de begripsvorming in het strafprocesrecht. 'Terwijl juristen meesters van de taal heten te zijn, blijkt er binnen ons vakgebied geen spoor van overeenstemming te zijn over de meest elementaire begrippen die in verband met een strafgeving een rol spelen.'⁸³ Gelet op de uiteenzetting over de evolutie van het opsporingsbegrip kan men Groenhuijsen moeilijk ongelijk geven. Niettemin kan worden geconcludeerd dat de contouren van het opsporingsbegrip in de loop van de tijd steeds duidelijker zijn geworden. In zoverre is de balans positief: een heldere en functionele afbakening van het opsporingsbegrip blijkt tot op grote hoogte mogelijk. Dat laat onverlet dat er nog steeds onderdelen van het opsporingsbegrip ruimte voor discussie laten. Het debat over de inhoud van het opsporingsbegrip is dan ook zeker nog niet ten einde.

⁸³ M.S. Groenhuijsen in zijn bespreking van de oratie van Reijntjes (1989), DD 1990, p. 559-560.

TOESTEMMING EN DWANGMIDDELEN, EEN VERENIGBAAR STEL?



1. Inleiding

"Dat kan zo niet langer!" verzuchtte J.M. Reijntjes, toen hij diverse problemen signaleerde waarmee de rechtspraak kampt wanneer burgers rechten prijs geven bij de toepassing van dwangmiddelen.¹ Gevoegd bij mijn vergelijkbare ervaringen als advocaat op de werkvloer van de rechtszaal en gelet op Jan's voorliefde voor onderzoek naar dwangmiddelen was het onderwerp voor deze afscheidsbundel geboren.

Ik herinnerde mij in dit verband een eenvoudige strafzaak bij de politierechter te Hoorn op 28 februari 2005² die nog steeds inspirerend is voor mijn advies aan cliënten om vooral géén toestemming te verlenen voor toepassing van welk dwangmiddel dan ook. De politierechter sprak mijn cliënt vrij van het telen van een groot aantal hennepplanten op de zolder van zijn woning, omdat het enkele feit dat het dak van zijn woning in tegenstelling tot naastgelegen woningen niet besneeuwd was onvoldoende verdenking of vermoeden van overtreding van de Opiumwet opleverde. Toen de politie binnentrad met een machtiging als bedoeld in artikel 2 van de Algemene wet op het binnentreden was hij niet thuis. Cliënt verzekerde mij dat hij de politie desgevraagd toestemming zou hebben gegeven binnen te treden en rond te kijken, zodat het gebrek aan verdenking rechtmatige inbeslagneming van de planten niet in de weg zou hebben gestaan. Met andere woorden: omdat cliënt niet thuis was is hij vrijgesproken. Is dat een eerlijke gang van zaken of is dit willekeur? Mag toestemming zo zwaar wegen? Kan mij worden tegen-

¹ J.M. Reijntjes, Het prijsgeven van rechten, Strafblad 2008, p. 558.

² Parketnummer 14.023950.04.